



Roj: **STSJ CLM 808/2019 - ECLI: ES:TSJCLM:2019:808**

Id Cendoj: **02003340012019100326**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **664/2018**

Nº de Resolución: **553/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON SOLIS GARCIA DEL POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00553/2019

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 16078 44 4 2015 0000901

Equipo/usuario: 5

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000664 /2018

Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000861 /2015

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA

ABOGADO/A: VICTOR DE ANCOS VIÑAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Maximiliano

ABOGADO/A: JAVIER MARTÍNEZ GUIJARRO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

T.S.J. SALA SOCIAL CASTILLA LA MANCHA

RECURSO SUPPLICACION 664/2018

Magistrado/a Ponente: Ilmo. Sr. D. JOSE RAMON SOLIS GARCÍA DEL POZO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JESUS RENTERO JOVER



D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO
D^a. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS
D. JOSE RAMON SOLIS GARCÍA DEL POZO

En Albacete, a diez de abril de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 553/19

En el Recurso de Suplicación número 664/18, interpuesto por la representación legal de Ferroser Servicios Auxiliares S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca, de fecha 7 de marzo de 2018, en los autos número 861/15, sobre Derechos Fundamentales, siendo recurrido Maximiliano .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JOSE RAMON SOLIS GARCÍA DEL POZO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: " **FALLO**: ESTIMO en su petición principal la demanda formulada por D. Maximiliano , por DESPIDO con VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, contra la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A., y en su consecuencia procede declarar la NULIDAD del despido del actor, condenando a la mercantil demandada a la readmisión inmediata del actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad al despido de fecha 8 de Julio de 2.015, con abono de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha y hasta el Auto de fecha 5 de Mayo de 2.016, y desde la fecha de notificación de la presente Sentencia hasta su reingreso efectivo a razón de 47,83 €/día, pudiendo ser minorada la cantidad económica resultante de lo ya abonado por la demandada por el despido efectuado si así hubiera ocurrido.

Asimismo, condeno a la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. a que abone a D. Maximiliano la cantidad de 1 € como indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales."

SEGUNDO .- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:" PRIMERO.- Que el actor, D. Maximiliano , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa "FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.", dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, siendo a la fecha del despido del actor la adjudicataria del servicio de limpiezas del Hospital "Virgen de la Luz" de Cuenca (dependiente del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha -SESCAM-), donde el actor prestaba sus servicios profesionales con la categoría profesional de "Limpiador", desde el día 2 de Julio de 1.993 y con un salario diario de 47,83 €, con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor ha venido realizando con normalidad su actividad profesional tanto para la actual contratista del servicio de limpieza del citado Hospital como para las anteriores empresas adjudicatarias de la contrata, sin que hasta la fecha de su despido hubiera tenido problema reseñable laboral alguno con sus sucesivas empleadoras, ni hubiera sido sancionado con anterioridad.

TERCERO.- El trabajador tiene reconocida la condición de discapacitado mediante Resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de septiembre de 2.014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios.

CUARTO.- El trabajador durante los años 2.014 y 2.015 ha causado baja por enfermedad común durante los siguientes períodos:

- Del 1 al 17 de marzo de 2.014 por "dolor agudo", que había precisado hospitalización (del 26 de febrero al 1 de marzo de 2.014).
- Del 26 al 31 de marzo de 2.014 por "vértigo/mareo".
- Del 26 de junio al 11 de julio de 2.014 por "lumbago".

- Del 9 al 12 de marzo de 2.015 por "lumbago".
- Del 24 de marzo al 7 de abril de 2.015 por "lumbago".
- Del 20 al 23 de abril de 2.015 por "vértigo/mareo".

QUINTO.- Según han diagnosticado los Servicios Médicos de la Sanidad Pública (SESCAM), tanto el "vértigo/mareo" como el "lumbago" son causados por una artropatía degenerativa y por una poliartrosis, agravadas por la obesidad que sufre el trabajador, concluyendo que dichas limitaciones tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad reconocida al trabajador.

SEXTO.- El trabajador fue comunicando a su empleadora, en tiempo y forma, todas las situaciones de baja, entregando los correspondientes partes médicos acreditativos de su motivo y duración. No obstante, el trabajador no comunicó a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior al planteamiento de la demanda, renunciando voluntariamente a los exámenes médicos periódicos que se realizaban por la Mutua empresarial, por lo que la empresa no tenía conocimiento de la condición de discapacitado del trabajador en el momento de proceder a su despido. Según el Informe de Prevención, el actor reunía las condiciones de aptitud suficiente para el normal acometimiento de su trabajo.

SÉPTIMO.- Que en fecha 7 de Julio del 2.015 la empresa demandada remite comunicación escrita al actor con el siguiente contenido literal:

" En Cuenca, a 7 de julio de 2015

Estimado señor,

Por medio del presente escrito le comunicamos que en virtud del art. 52.1.c) del ET , esta Empresa ha decidido proceder a la EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS con fecha de efectos del día OCHO de julio de 2015, siendo éste su último día trabajado.

Esta extinción tiene su fundamento en las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, que se enumeran más adelante, y se adopta por la vía de las extinciones por causas objetivas del artículo 52.d), en relación con los artículos 49.1.1) y 53 del Estatuto de los Trabajadores .

Para determinar las ausencias, aún justificadas, se han tenido en cuenta los meses de marzo y abril del presente año y no se han computado a tales efectos las ausencias debidas a huelgas legales, ejercicio de la actividad propia de los representantes de los trabajadores, sean legales y sindicales, accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, parto o lactancia; licencia, vacaciones, enfermedades o accidentes no laborales, cuando las bajas han sido acordadas por los correspondientes servicios sanitarios oficiales y han durado más de 20 días.

Teniendo en cuenta lo anterior se constata, lo siguiente:

Que sus faltas de asistencia en los meses consecutivos de marzo y abril superan el 20% de las jornadas laborales, situándose en un 43,18%. En concreto las ausencias computadas son las siguientes:

Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día nueve hasta el día doce de marzo de 2015.

Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinticuatro de marzo hasta el día siete de abril de 2015.

Faltas de asistencia por baja por enfermedad desde el día veinte hasta el día veintitrés de abril de 2015.

Que sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores, alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias habidas en cada uno de los doce meses han sido

Doce días hábiles de ausencia desde el día uno de marzo hasta el día diecisiete de marzo de 2014.

Cuatro días hábiles de ausencia desde el día veintiséis hasta el día treinta y uno de marzo de 2014.

Once días hábiles de ausencia desde el día veintisiete de junio hasta el día once de julio de 2014.

Lo que supone 27 días hábiles de ausencia dentro de los 245 días hábiles anuales, lo que supone un absentismo superior al 5 % en el año anterior.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Dirección de la Empresa, en aplicación de lo previsto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , se pone a su disposición, en este mismo acto mediante talón nominativo de CAIXABANK Nº NUM001 , la cantidad indemnizatoria de 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades y equivalentes a 15.103,71 € (Quince mil ciento tres euros con setenta y un céntimos).



Igualmente, se le significa que al amparo de lo previsto en el número 4 del mencionado art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa ha adoptado la decisión de sustituir el plazo de 15 días de preaviso que prevé el apartado c) del número del citado precepto legal por su compensación en metálico, cuantía que asciende a 709,77 € (Setecientos nueve euros con setenta y siete céntimos) que se abona por talón nominativo de CAIXABANK N° NUM001.

Quedando la relación laboral extinguida el día de la fecha anteriormente indicada, en la cual se le hace entrega de la comunicación del presente escrito, rogamos acuse de recibo del mismo, informándole que se entregará al comité de empresa escrito similar al entregado a usted.

Fdo.-

Departamento de RR.LL. "

OCTAVO.- En fecha 10 de Julio de 2.015 el actor presentó papeleta de conciliación ante los Servicios Periféricos en Cuenca de la Consejería de Empleo y Economía, celebrándose el acto de conciliación laboral extrajudicial en fecha 22 de Julio de 2.015, finalizando el mismo con el resultado de "Sin Avenencia".

NOVENO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Cuenca (B.O.P. nº 16, de 9 de Febrero de 2.011)."

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, por la parte demandada, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil Forrester Servicios Auxiliares SA interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada el 7/3/2018 por el Juzgado de lo Social de Cuenca en los autos 861/2015 que estimó la demanda de despido con vulneración de derechos fundamentales interpuesta por D. Maximiliano declarando la nulidad del despido del actor, condenando a la empresa recurrente a la readmisión inmediata del trabajador y a las demás consecuencias económicas derivadas del mismo, así como al abono de 1 euro de indemnización por la vulneración de sus derechos fundamentales.

Recordemos que, conforme resulta de lo hechos probados y de las actuaciones, la empresa extinguió el contrato de trabajo del actor por causas objetivas, al amparo del art. 52.d del ET con efectos del día 8/7/2015, como consecuencia de las faltas de asistencia al trabajo aún justificadas que se relacionaban en la carta de despido.

El recurso se articula mediante dos motivos en el primero de ellos amparado en la letra a del art. 191 de la LPL, entendemos que se refiere al art. 193.a) de la LRJS, solicitando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia al haber vulnerado esta los artículos 9.3, 24.1 y 117.1 de la Constitución Española y el art. 267 del TFUE en relación con la doctrina y jurisprudencia que los interpretaba, que no citaba. Alega la empresa recurrente que la sentencia recurrida no había seguido los criterios marcados por la sentencia del TJUE de fecha 18/1/2018 que resolvía la cuestión prejudicial que le planteó el Juzgado de lo Social de Cuenca, extralimitándose de sus facultades jurisdiccionales al dictar una resolución basada en su concreta opinión sobre una norma que el TJUE ha considerado válida y acorde al derecho comunitario.

Motivo que ha de ser desestimado, pues todas estas alegaciones se realizan en relación a unas concretas consideraciones que el Sr. Juez de instancia realiza en la fundamentación jurídica de la sentencia, que el recurso reproduce y que literalmente dicen:

"...considera que concurre una colisión evidente entre la norma española y la comunitaria (...) por lo que procedería una respuesta del legislador español en el sentido de forzar la inclusión en nuestro Derecho nacional, y, en concreto, en el Artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días, la excepción de su aplicación, a efectos del cómputo de los días de faltas de asistencia al trabajo, a los trabajadores que tengan reconocida la condición de discapacitado, cuando dichos procesos de incapacidad temporal deriven o estén vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de su discapacidad, pero al no estar así previsto en tiempo contemporáneo a la emisión de la presente resolución judicial, procede entender que el despido del trabajador ha de ser calificado como nulo, por discriminatorio".



El motivo es insostenible, porque se funda en presupuestos que no son ciertos, ya que la sentencia de instancia se ajusta a lo resuelto por la sentencia que resolvió la cuestión prejudicial planteada, sin contrariar la interpretación del derecho comunitario que contiene, resolviendo, no obstante y pronunciándose sobre aquellas cuestiones de hecho y de derecho no comprendidas en la declaración de la sentencia prejudicial, cuya parte dispositiva decía: *"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente."*

El párrafo extraído de la sentencia recurrida que según el recurrente vulnera el art. 267 del TFUE, además de su derecho a la tutela judicial efectiva produciéndole la indefensión prohibida en el art. 24 de la CE, el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la CE y el art. 117.1 también de la CE, es un razonamiento del Sr. Juez de Instancia, no carente de lógica, dado el contenido del pronunciamiento prejudicial, que por sí solo no produce indefensión a la parte, que puede contrarrestar mediante los motivos legalmente establecido cualquier conclusión que con dicho razonamiento se haya alcanzado y resulte contraria al derecho sustantivo o a la jurisprudencia. La alusión a lo que debería realizar el legislador, no es mas que un obiter dicta de lege ferenda, que por sí solo ni constituye el fundamento de la decisión del asunto, ni en consecuencia tiene trascendencia alguna para el derecho de defensa de la parte.

En definitiva, construye el recurrente el motivo sobre unas pocas líneas dentro de una extensa fundamentación jurídica y en la que se resuelven las cuestiones trascendentes del asunto sin que en ningún momento se vulnere la vinculación que produce la decisión prejudicial. No existe pues vulneración del art. 267 del TFUE que regula la competencia del TJUE para los pronunciamientos prejudiciales, precepto del que deriva el efecto vinculante del pronunciamiento prejudicial conforme a la jurisprudencia del mencionado Tribunal recogida ya en las Sentencias del TJUE de 24/6/1969, Milch, Fettund Eierkontor 29/68 y 3/2/1977, Benedetti 52/77.

Prueba de lo anterior es que el recurrente se remite al siguiente motivo del recurso para solventar los defectos en los que se sustenta la pretensión de nulidad que articula.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se ampara en la letra c del art. 193 de la LRJS denunciándose la infracción del art. 52.d y 55 del ET en relación con lo establecido en la Directiva 200/78/CEE de 27 de noviembre, artículos 1, 2, 3, 5 y 17, y los artículos 35.4 y 40.1 y 2 del RD Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y artículos 9.3, 24.1 y 117.1 de la CE, todo ello en relación con la jurisprudencia que los interpreta y en concreto con la STJUE de 18/1/2018 que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de instancia.

El principal fundamento de dicho motivo se centra en el hecho de que, como se declara probado, el Sr. Maximiliano no comunicó a la empresa su condición de discapacitado antes del despido lo que, a juicio de la empresa recurrente determina que el despido no esté basado en la discapacidad del actor, así como que la decisión empresarial carezca de todo ánimo o intención discriminatoria, habiendo actuado la empresa en todo momento con pleno sometimiento a la legalidad y con respecto del marco normativo vigente.

Sin embargo, considera la Sala que el conocimiento por parte del empresario de la discapacidad del trabajador no afecta a la nulidad del despido, que la sentencia recurrida funda no tanto en la existencia de un propósito lesivo del derecho fundamental por parte del empresario, sino en la aplicación por parte del empresario de una norma, el art. 52.d) del ET, aparentemente neutra, que ocasiona una desventaja a los trabajadores con discapacidad respecto de otros trabajadores en los que no concurre esta condición, toda vez que, en palabras de la STJUE de 18/1/2018, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores

Este es el contenido fundamental del pronunciamiento prejudicial del TJUE en la sentencia de 18/1/2018, es decir, que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, en el presente caso el art. 52.d del ET, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo,



aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador.

En estos casos la exclusión de la discriminación no puede alcanzarse demostrando la falta de un móvil discriminatorio, lo que en este caso derivaría, según mantiene el recurrente, de la falta de conocimiento por el empresario del factor de discriminación concurrente en el trabajador. En consecuencia, no es de aplicación mecanismo de defensa del derecho fundamental relativo a la prueba contenido en el art. 181.2 de la LRJS y desarrollado por la jurisprudencia en el sentido que pretende hacerlo valer el recurrente, pues la discriminación sufrida por el Sr. Maximiliano no es una discriminación directa en el sentido en el que se describe esta figura por la Directiva 2000/78/CEE o el art. 35.4 del RDLeg. 1/2013 de 29 de noviembre de 2013 que la traspone en relación a las personas con discapacidad, sino una discriminación negativa ajena a cualquier intencionalidad y que deriva de la propia norma, a la que sin duda se ajusta la decisión empresarial, pero cuya aplicación causa una desventaja al trabajador discapacitado.

En estos casos la exclusión de la existencia de discriminación deriva, no de la existencia de una justificación objetiva y razonable en la decisión empresarial de extinguir el contrato ajena a cualquier propósito discriminatorio, sino de que la norma que causa los efectos discriminatorios pueda justificarse con una finalidad legítima cuando además los medios dispuestos por la norma para conseguir dicha finalidad sean los adecuados y necesarios o se imponga al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta para eliminar las desventajas que supone esta disposición (art. 35.4 RDLeg 1/2013).

En palabras de la Sentencia prejudicial del TJUE en su párrafo 40: "Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, ha de verificarse si la diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores sin discapacidad que se deriva del artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por legislador español."

Luego volveremos sobre esta justificación, pues lo que en este momento interesa es afirmar que la falta de conocimiento por parte del empresario de la discapacidad del trabajador, que es un hecho probado y no controvertido, es intrascendente en el pronunciamiento de la sentencia de instancia y por lo tanto este argumento del recurso, que constituye, como dijimos quizá el fundamental de los que en el mismo se esgrimen no puede ser tomado en consideración, ni de dicho hecho puede derivarse la infracción de los preceptos que se invocan como vulnerados.

TERCERO.- El argumento analizado tiene en el recurso un segundo aspecto según el cual el trabajador ocultó maliciosamente su discapacidad con lo que ha impedido a la empresa adoptar, en cumplimiento de la ley, cuantas medidas específicas, ajustes razonables, y acciones positivas fueran precisas y adecuadas para prevenir o compensar la desventaja ocasionada por la discapacidad.

También este otro argumento debe ser rechazado, de un lado porque no es posible imputar al trabajador la falta de adopción por el empresario de las medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone la aplicación del art. 52.d del ET, careciendo de lógica la alegación de que el trabajador ocultó su discapacidad de mala fe, pues no tiene explicación que el trabajador tenga interés alguno en no obtener la protección que le proporciona el ordenamiento jurídico.

Contrariamente a lo argumentado por el recurrente lo que consta en los hechos probados es que el Sr. Maximiliano llevaba más de 20 años desempeñando su puesto de trabajo de limpiador sin incidencia alguna reseñable, siendo también para él un hecho inesperado la secuencia de bajas de corta duración por razón de su discapacidad, que provocó la extinción de su contrato de trabajo, contra el que reacciona reclamando la aplicación de la protección que le brinda la ley. No hay razón pues para pensar que fuera el propio trabajador el causante de que el empresario no cumpliera sus obligaciones.

De otro lado porque las medidas adecuadas y los ajustes razonables, que el empresario tiene la obligación de adoptar conforme a la legislación nacional y según las previsiones de la Directiva 78/2000/CEE tienen por finalidad garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades y eliminar las desventajas que supone para la persona con discapacidad determinadas normas, disposiciones o decisiones empresariales aparentemente neutras. Su efecto sobre la discriminación por causa de la discapacidad de la persona se produce por su efectiva adopción, por su ejecución práctica. En el caso de que, por la razón que fuera, las medidas adecuadas y los ajustes razonables a los que está obligado el empresario no logran garantizar completamente el principio de igualdad de trato o no consiguieran eliminar en todo caso la discriminación indirecta, bien porque dichas medidas no se adoptaron, bien porque no se hubiera previsto que la aplicación de una determinada decisión empresarial o norma pudiera producir



efectos de desigualdad de trato a las personas con discapacidad, bien porque las adoptadas no fueran por su naturaleza las adecuadas o las suficientes para eliminar en un concreto caso la discriminación por razón de discapacidad, ello no eliminaría la protección del trabajador que haya sido objeto de discriminación. El considerando 29 de la Directiva establece que: "Las personas que hayan sido objeto de discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual deben disponer de medios de protección jurídica adecuados. ...". Por eso lo trascendente para aplicar o no las consecuencias derivadas de la discriminación indirecta que la ley prevé, en este caso la nulidad del despido, no es que hayan existido o no medidas adecuadas o ajustes razonables, que estos hayan podido ser adoptados por el empresario o que el empresario se haya visto imposibilitado para su adopción, lo trascendente es que la discriminación se ha producido y frente a este hecho no cabe sino aplicar la consecuencia prevista en la legislación, que no puede quedar impedida, como parece pretende el recurrente, por el hecho de que estableciendo la ley la obligación de adoptar medidas adecuadas o ajustes razonables el empresario no haya podido aplicarlas por causas que le son ajenas, o que las aplicadas no hayan conseguido la finalidad de eliminar la discriminación por razón de la discapacidad, cualquiera que hubiera sido la causa de dicha ineficacia.

Es decir, los preceptos legales como el art. 35.4 y 40 del RLeg. 1/2013 de 29 de noviembre, los artículos 2 y 5 de la Directiva no pueden ser interpretadas de otra forma distinta a la explicada, de manera que la sola previsión normativa de estas medidas, o la sola imposición normativa de la obligación empresarial de adoptarlas, no puede producir el efecto de excluir las consecuencias previstas en la ley, en este caso la nulidad del despido, para el caso de que se haya producido una discriminación indirecta por razón de la discapacidad. De no ser así, como parece defender el recurrente, conseguiríamos un bonito ordenamiento, cargado de buenas intenciones, pero totalmente ineficaz para los fines que determinan su existencia.

CUARTO.- Finalmente argumenta el recurrente sobre la concurrencia en el presente caso de una justificación objetiva por una finalidad legítima en el art. 52.d) del ET . Defiende en definitiva la empresa recurrente en el recurso las alegaciones del Gobierno español en la cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Social de Cuenca.

Sin embargo, entiende la Sala que la sentencia de instancia ha dado una respuesta adecuada a la cuestión de si existe una causa de justificación para el trato discriminatorio por razón de la discapacidad a partir de la Sentencia del TJUE de 18/1/2018 que resolvió la cuestión prejudicial la sentencia de instancia. Sin que la conclusión que alcanza la sentencia recurrida infrinja ninguno de los preceptos denunciados en el motivo ni atente contra la fuerza vinculante de la sentencia prejudicial, pues se limita a valorar según su criterio, acertado a juicio de la Sala, aquellos aspectos de la cuestión que la propia sentencia remite al Juez nacional para su resolución por su mayor proximidad con los hechos y con el caso sometido a su enjuiciamiento.

A estos efectos hemos de empezar recordando que conforme se indica la sentencia del TJUE que resuelve la cuestión prejudicial en los apartados 38 y 39 en relación con el art. 52.d) del ET el incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad. Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05 , EU:C:2006:456), es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de "discapacidad" y de "enfermedad" (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013 , HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 , EU:C:2013:222 , apartado 75). Así como que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad. En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores . Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 , EU:C:2013:222 , apartado 76).

A lo anterior ha de añadirse que dado el amplio margen del que disponen los Estados miembros a la hora de determinar los objetivos en materia de política social y empleo y para definir las medidas para lograrlo considera la sentencia prejudicial que la finalidad de combatir el absentismo y reducir los costes empresariales constituye una finalidad legítima a los efectos del artículo 2, apartado 2, letra b) inciso i) de la Directiva 2000/78 .

Sin embargo, la Sala coincide con la conclusión de la sentencia de instancia, en el sentido de que los medios establecidos para la consecución de este objetivo no se consideran adecuados yendo más allá de lo necesario en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad pues



contemplando supuestos de exclusión del cómputo de las ausencias al trabajo aún justificadas por motivos razonables, incluso alguno en los que ocasionalmente pudieran ampararse personas con discapacidad, lo cierto es que no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador, lo que determina, como en el caso del Sr. Maximiliano , que las ausencias consecuencia de dicha discapacidad sean equiparadas a las derivadas de la simple enfermedad de un trabajador no discapacitado, cuando el trabajador discapacitado, por razón de esta condición tiene un mayor riesgo de estar de baja por una enfermedad derivada de su discapacidad. La consecuencia de todo ello, como concluye la sentencia referida, es que la aplicación de una norma aparentemente neutra cuya justificación legítima es la de luchar contra el absentismo laboral y disminuir los costes empresariales derivados del mismo discrimina a los trabajadores con discapacidad en relación con los trabajadores que no la tienen, pues la regulación establecida para reducir el absentismo laboral en dicho precepto no ha tomado en consideración que su aplicación puede causar a los trabajadores con discapacidad un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad.

En consecuencia, la justificación de política social y empleo de dicho precepto no puede excluir los efectos de la discriminación indirecta por causa de su discapacidad provocados por su aplicación pues los medios para la consecución de dicha finalidad no son los adecuados al no tomar en consideración la desventaja que su aplicación produce en las personas con discapacidad, factor de discriminación prohibido.

El Juez de instancia ha valorado correctamente, a juicio de la Sala, siguiendo los criterios indicados por la sentencia prejudicial (49 y 50), que los medios establecidos por la norma para conseguir la finalidad de luchar contra el absentismo laboral, van más allá de lo necesario y no toman en consideración el mayor perjuicio que su aplicación produce en las personas con discapacidad, por lo que la finalidad de la norma no justifica ni excluye la aplicación del principio de igualdad de trato de los trabajadores con discapacidad proclamado por la Directiva 78/2000/CEE. En consecuencia la aplicación de dicho precepto a ausencias en el trabajo de un trabajador con discapacidad derivadas de dicha discapacidad constituye una discriminación prohibida que conforme a lo establecido en los artículos 17 del ET y 35.4 del RDLeg 1/2013, siendo su consecuencia la nulidad de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo del Sr. Maximiliano como consecuencia de faltas de asistencia al trabajo aún justificadas conforme a lo establecido en el art. 52.d del ET .

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 235.1 y 204.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , procede la expresa condena en costas a la empresa recurrente vencida en el recurso, que comprenden el pago de la minuta de honorarios del letrado o graduado social de la parte impugnante, en cuantía que la Sala señalará prudencialmente en la parte dispositiva de esta resolución judicial, así como igualmente procede la condena a la pérdida de los depósitos constituidos para poder recurrir a que se refiere el artículo 229 de la citada ley procesal, a los que se dará el destino pertinente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Forreser Servicios Auxiliares SA contra la sentencia dictada el 7/3/2018 por el Juzgado de lo Social de Cuenca en los autos 861/2015, debemos confirmar y confirmamos la misma, condenando a D. Fidel al pago de las costas procesales del recurso, que comprende el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía de 600 euros, así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino que proceda legalmente.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 0664 18**,



pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ